



Consejo Consultivo de Canarias

## DICTAMEN 203/2012

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de abril de 2012.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera de Sanidad en relación con la *Propuesta de Resolución por la que se acuerda la revisión de oficio del acto presunto de 2 de septiembre de 2010 generado a favor de J.S.V. al no resolverse expresamente el recurso de alzada interpuesto el 2 de junio de 2010 contra la desestimación presunta por silencio administrativo de una reclamación anterior de acoso moral/mobbing de 4 de febrero de 2010, presentada ante la Dirección General del Servicio Canario de la Salud, adquiriendo facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales (EXP. 122/2012 RO)\*.*

## FUNDAMENTOS

### I

1. Por escrito de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad, de fecha 6 de marzo de 2012 (RE 13 de marzo de 2012), se solicita, al amparo de lo dispuesto en el art. 12.3, en relación con el 11.1.D.b) de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias (LCCC), Dictamen sobre la Propuesta de Resolución del expediente de revisión de oficio del acto presunto de 2 de septiembre de 2010, generado a favor de J.S.V., al no resolverse expresamente el recurso de alzada interpuesto, el 2 de junio de 2010, contra la desestimación presunta por silencio administrativo de una reclamación anterior de acoso moral/mobbing de 4 de febrero de 2010, presentada ante la Dirección General del Servicio Canario de la Salud, adquiriendo facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales.

2. Este Dictamen se emite con carácter preceptivo en cumplimiento de lo establecido en el art. 11.1.D.b) de la Ley 5/2002, de 3 de junio (LCC), estando legitimado la solicitante del Dictamen (art. 12.3 LCC). Además, tal declaración requiere que el Dictamen sea favorable, obstando, de no serlo, que se efectúe la

---

\* **PONENTE:** Sr. Reyes Reyes.

declaración de revisión de oficio del acto administrativo cuestionado (art. 102 LRJAP-PAC).

## II

1. Los antecedentes que han dado origen al presente procedimiento son los siguientes, tal como constan en la Propuesta de Resolución, y quedan acreditados en el expediente:

- El 4 de febrero de 2010, J.S.V., Facultativo Especialista de Área del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín, presenta lo que denominó como una reclamación previa sobre acoso laboral en el trabajo o mobbing dirigida al Director del Servicio Canario de la Salud, en la que realizó tres peticiones: 1) El reconocimiento de una situación de acoso moral en el trabajo, con la expresa orden a todos los estamentos del Servicio Canario de la Salud y especialmente del hospital citado de cesar de inmediato en cualquier práctica o actitud atentatoria contra su dignidad e integridad. 2) Su readscripción a la Sección de Respiratorio, y en general su reposición a la situación laboral y funcional que mantenía antes del 31 de octubre de 2008. 3) Una indemnización para el resarcimiento de daños psíquicos, morales y profesionales que se le han irrogado por un importe de 45.000 euros.

- Al no dictarse resolución expresa resolviendo la anterior solicitud, presenta recurso de alzada ante al Consejero de Sanidad el 2 de junio de 2010, a efectos de agotar la vía administrativa previa a la jurisdiccional que corresponda. Tampoco se resuelve dicho recurso, y al transcurrir los 3 meses previstos para su resolución se generó con fecha 2 de septiembre de 2010 un acto presunto a su favor en base al art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

- El 20 de septiembre de 2010, J.S.V. insta la ejecución de aquel acto, y, ante la inactividad de la Administración, acude a la jurisdicción contenciosa-administrativa, donde, el 24 de marzo de 2011 se dictó sentencia por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria (nº procedimiento 635/2010) desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquél contra la supuesta inactividad del Servicio Canario de la Salud en relación a su solicitud de 4 de febrero de 2010, entendiendo el órgano juzgador que *"la falta de respuesta en modo alguno puede tener carácter estimatorio (...) puesto que también solicita una indemnización por daños y perjuicios, como indica la representación procesal de la*

*Administración, expresamente el art. 42 LRJPAC (referido a los procedimientos de responsabilidad patrimonial) establece que la resolución de este tipo de procedimientos pone fin a la vía administrativa contra la que sólo cabe recurso de reposición, conforme al art. 16 del mismo texto legal. Por tanto, no cabía recurso de alzada ante la desestimación presunta producida, sino recurso de reposición, por lo que ya no resulta de aplicación el supuesto previsto en el citado art. 3 de la LRJPAC, de ahí que no pueda hablarse de inactividad de la Administración y el recurso deba ser desestimado”.*

- Entretanto, el 11 de octubre de 2010, se dictó Resolución núm. 2175, del Director del Servicio Canario de la Salud por la que se iniciaron las actuaciones para tramitar la reclamación de mobbing presentada por J.S.V., efectuándose diversos actos de instrucción y que finalmente concluyó con la Resolución núm. 1257, de 18 de mayo de 2011, de la Directora General del Servicio Canario de la Salud que desestimó la reclamación.

- Con fecha 23 de septiembre de 2011 recayó sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (núm. procedimiento 173/2011) estimando el recurso de apelación contra la sentencia de instancia con fundamento en que “(...) es obvio que no se trata de una acción de responsabilidad patrimonial (...)” y que “la solicitud de indemnización deducida por J.S.V. constituye una pretensión singularizada en la LJCA por un régimen especial, conforme al cual puede interesarse desde el principio en vía administrativa, o puede también acumularse en vía jurisdiccional, tanto a una pretensión de anulación de un acto administrativo como a una pretensión de cese de una actuación administrativa material constitutiva de vía de hecho. Además la sentencia dice que la procedencia en el caso examinado del recurso de alzada resulta igualmente incuestionable ya que considerando que «la solicitud inicial se formuló ante el Director del Servicio Canario de la Salud, contra el acto presunto desestimatorio emanado de éste cabía recurso de alzada ante el Consejero de Sanidad, de acuerdo con lo prevenido en el art. 30.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud, aprobado por decreto 32/1995». Ahora bien, la misma sentencia, al reproducir otra de la misma Sala de 5/01/2007 apunta que “(...) como acto de la Administración favorable al recurrente únicamente puede ser combatido por la citada Administración mediante la revisión de oficio regulada en el Título VIII, Capítulo I de la repetida ley 30/1992, en texto modificado por la ley 4/1999 (...)”.

### III

En el presente procedimiento de revisión de oficio se han realizado los trámites legalmente establecidos, constando las siguientes actuaciones:

- El 3 de febrero de 2012 se dicta Orden n° 87, por la Consejera de Sanidad, por la que se inicia el procedimiento para la revisión de oficio del acto presunto de 2 de septiembre de 2010, referido en los antecedentes expuestos. Esta Orden es notificada al interesado el 6 de febrero de 2012, confiriéndole trámite de audiencia. En la misma Orden se nombró un instructor del expediente.

- El interesado presenta escrito de alegaciones el 16 de febrero de 2012 en el Registro General del Hospital Universitario de Gran Canaria Doctor Negrín, convenientemente refutados por la Propuesta de Resolución), donde viene a señalar, entre otras cuestiones, que cuando el Servicio Canario de la Salud abrió expediente para comprobar la existencia de mobbing ya "*sabía que estaba actuando extemporáneamente*", y que el acto presunto ya se había producido por lo que es nula completamente y no debe producir efectos la resolución recaída en el "superficial" expediente que se tramitó. Asimismo, considera prueba determinante de la existencia del mobbing lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia de 2 de febrero de 2011, anulando los nombramientos efectuados en el Servicio.

Por otra parte, en relación con la revisión de oficio que se tramita entiende que no se da la causa de nulidad que se invoca pues sí concurren los presupuestos del acoso moral [ser removido de su puesto, le deniegan sistemáticamente permisos y solicitudes, no lo dejan participar en ensayos clínicos (...)], con lo que cuenta con todos los requisitos esenciales para la adquisición de los derechos derivados de la resolución presunta, para lo que destaca la contundencia del dictamen facultativo que presentó (que decía que el interesado estaba sufriendo uno de los casos más claros de mobbing que había visto en toda su vida profesional) y que hay más actos de instrucción en el expediente que generó el acto presunto, y que nadie ha impugnado, por lo que no existen dudas sobre su legitimidad, validez y eficacia, y que avalan la existencia de los elementos básicos del acoso moral. A lo que añade que no se invoca en la orden de inicio ninguna infracción del ordenamiento jurídico (que sea grave y notoria como señala el Consejo de Estado en su dictamen n° 762/2010 de 19 de octubre) por lo que no procede acordar la revisión de oficio del acto generado.

- El 22 de febrero de 2012 se elevó por el instructor propuesta de resolución en el sentido de revisar de oficio el referido acto presunto tras refutar las alegaciones presentadas por el interesado.

- Tras haberse solicitado, mediante escrito de 22 de febrero de 2012, informe a la Dirección General del Servicio Jurídico, éste remite escrito de 28 de febrero de 2012 señalando que ha de acompañarse la solicitud de informe de la Propuesta de Resolución del órgano competente para dictar resolución, no entendiéndose por tal la del Instructor del procedimiento. Así, el 28 de febrero de 2012 se emite Propuesta de Resolución por la Consejera de Sanidad en la que se declara la nulidad del acto presunto objeto del procedimiento de revisión de oficio, que es sometida a informe del Servicio Jurídico. Tal informe se emite, en sentido favorable a la declaración de nulidad propuesta, el 6 de marzo de 2012, fecha en la que se dicta Propuesta de Orden Resolutoria de la Consejera de Sanidad que es sometida a Dictamen de este Consejo Consultivo.

## IV

1. En cuanto al fondo del asunto, la Propuesta de Resolución sometida a Dictamen de este Consejo Consultivo viene a entender que procede la revisión de oficio en la que se declare la nulidad del acto presunto de fecha 2 de septiembre de 2010 generado a favor de J.S.V. adquiriendo por ello facultades o derechos sin reunir los requisitos esenciales para su adquisición.

Tal nulidad se fundamenta, en síntesis, según la Propuesta de Resolución, en la siguiente argumentación: *“(...) analizamos si se da el supuesto previsto en el art. 62.1, apdo f) de la LRJPAC, que recoge entre los actos de las Administraciones públicas que son nulos de pleno derecho los siguientes: «los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición».*

*En este caso, la prueba para que prospere la reclamación de mobbing corresponde a la parte que solicita el resarcimiento en calidad de sujeto pasivo titular de los bienes o derechos objeto de la lesión, en tanto que corresponde a la Administración demandada la prueba de hechos impositivos, extintivos o modificatorios. Vista la documentación obrante en el expediente (tanto en el que generó el acto presunto como en el que se tramitó formalmente desestimando la*

*pretensión de mobbing) permite llegar a la conclusión de que no hay acreditación en debida forma de que haya existido mobbing:*

*- no tiene contundencia para acreditarlo el informe pericial del psiquiatra-psicoterapeuta Dr. A.C.C. de 10 de diciembre de 2009 en el que se declara que el interesado sufre Síndrome de Mobbing y Síndrome Adaptativo mixto con síntomas ansioso-depresivos. Dicho informe ha sido objeto de contradicción en el procedimiento administrativo tramitado al efecto, con resultado contrario.*

*- como se dijo más arriba, la documentación presentada en la reclamación inicial fue rebatida y desacreditada por un informe de la Dirección Gerencia del Hospital Doctor Negrín de 09 de agosto de 2010.*

*- además, queda aún más patente la no existencia de mobbing si analizamos los hechos a la luz de los criterios marcados por la jurisprudencia y el ordenamiento comunitario para entender que existe mobbing (...)*”.

2. Este Consejo Consultivo de Canarias ya ha tenido ocasión de resaltar el contenido restrictivo de las causas de revisión de oficio, dado el carácter excepcional que debe tener la aplicación del régimen de las nulidades de pleno derecho, en garantía del principio de seguridad jurídica. Lo que determina, por un lado, que las causas de nulidad deban interpretarse con especial rigor, para eludir que esta vía pueda equipararse a un recurso ordinario y plantearse cualquier circunstancia o evento como cauce apto para la nulidad de pleno derecho. Como expresa la STS de 20 de diciembre de 2005, *“la acción de nulidad constituye una vía excepcional cuando concurre alguno de los supuestos previstos legalmente como causas determinantes de la revisión, y que taxativamente están enumeradas, habiéndose de interpretar de forma estricta tanto los supuestos, como su contenido y alcance, todo ello en virtud del principio de seguridad jurídica”*. Carácter restrictivo que se reitera, así mismo, entre otras en las SSTS de fecha 18 de diciembre de 2007, 26 de diciembre de 2006 y 19 de diciembre de 2001.

En el presente caso, como se ha señalado, se fundamenta en la Propuesta de Resolución la revisión de oficio que nos ocupa, en la letra f) del art. 62.1. de la Ley 30/1992, esto es, tratarse de un acto contrario al ordenamiento jurídico por los que se adquirieron facultades o derechos cuando se carecía de los requisitos esenciales para su adquisición. Ello nos lleva a determinar qué sea requisito esencial a los efectos de aquella norma.

Así, la doctrina de este Consejo insiste en delimitar los conceptos de requisito esencial y requisito necesario. Por ello, debe reservarse la expresión “requisito esencial” para aquellos vicios de legalidad en que el acto carece, no de cualquier requisito legal, sino de aquellos que le son realmente inherentes y le otorgan su configuración propia, con lo que su ausencia afecta a la finalidad perseguida por la norma infringida, de modo que el acto en cuestión tiene efectos radicalmente contrarios a los queridos por dicha norma.

En este caso, la existencia de mobbing es la que determina la adquisición de los derechos derivados de su reconocimiento, lo que no se ha producido en este caso por la sentencia cuya ejecución pretende el interesado. Y ello porque aquella sentencia no entra en el fondo del asunto, sino que se limita a reconocer la existencia de un acto presunto positivo derivado del silencio administrativo, que fue el objeto del recurso.

Sin perjuicio de las consideraciones que cabría hacer sobre la sentencia -lo que no procede en este momento-, cuestión en la que entra la Propuesta de Resolución aun reconociendo lo inútil de ello por tratarse de una sentencia firme a cuyo fallo hemos de atenernos, esta misma sentencia señala la posibilidad de anular, por la vía de la revisión de oficio, los actos presuntos. Así, el art. 62.1.f) de la Ley 30/1992 contiene una previsión de causa de nulidad que se refiere expresamente a los actos presuntos, y es que el silencio positivo se produce con abstracción de la corrección jurídica del acto, valorando la sentencia sólo que se han producido los efectos del silencio, esto es, que se ha generado un auténtico acto administrativo, de contenido positivo, que ha puesto fin al procedimiento. Ello, sin embargo, no obsta, como acto administrativo que es, la posibilidad de su revisión de oficio *ex art. 102 de la Ley 30/1992*.

Llegados a este punto, procede analizar si en el presente caso cabe la acción revisora del art. 102 citada, por la causa del art. 62.1.f), que invoca la Propuesta de Resolución, cuyos presupuestos hemos analizado anteriormente.

Así, habrá de determinarse si los derechos adquiridos por el interesado como consecuencia del acto presunto generado, consistentes en el abono de una indemnización de 45.000 euros, su readscripción a la Sección de Respiratorio del Servicio de Medicina Intensiva del Hospital Dr. Negrín, son contrarios al ordenamiento jurídico por “*carecer de los requisitos esenciales para su adquisición*”.

Como se ha señalado por el informe del Servicio Jurídico a raíz de la consideración dada por la Sentencia que reconoce la existencia de acto presunto positivo, en relación con la reclamación del interesado, calificada como reclamación para el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, en relación con la calificación de reclamación de responsabilidad patrimonial dada por la Administración, tanto en uno como en otro caso, *“para que una resolución administrativa que declara el derecho a una indemnización sea conforme al ordenamiento jurídico, debe tener necesariamente su fundamento en la constatación de la concurrencia de los presupuestos que determinan el nacimiento de tal derecho, y ajustarse en su declaración a los límites que la normativa de aplicación prevea para el supuesto en cuestión. Tales requisitos no se cumplen en el acto presunto que nos ocupa, pues el presupuesto en torno al que gira el nacimiento del derecho a la indemnización económica obtenida por silencio administrativo no es otro que la existencia de una supuesta situación de acoso moral en el trabajo que no ha quedado acreditada por el interesado”*.

Y es que, efectivamente, frente a la documentación aportada por el interesado, que muestra las incidencias y desencuentros propios de una estructura organizativa, que han sido contradichos en los actos de instrucción del procedimiento tramitado al efecto, y, en especial, al informe de especialista, en el que pretende sustentar la prueba de la existencia de mobbing, durante la tramitación de lo que la Administración calificó como procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta recabó informe contradictorio emitido el 21 de enero de 2011 por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, tras la evaluación de la situación conforme a los datos obrantes y la entrevista de las partes implicadas, conjunta y separadamente, en el que se concluía: *“No existe una situación de acoso laboral, sino un conflicto ante la falta de aceptación por parte del demandante de la nueva situación laboral generada con el cambio de superior jerárquico, quien, con anterioridad a su nombramiento se encontraba en el mismo grupo de iguales a nivel profesional en el servicio de UMI. El demandante por esta situación refleja un elevado nivel de hostilidad y descontento hacia el nombramiento de su superior. No comprende y critica la decisión de reorganizar la actividad y los mandos del servicio (...)”*.

En este sentido es preciso recordar, como tiene sentada la doctrina y la jurisprudencia, lo que se ha venido manteniendo por este Consejo Consultivo en relación con el mobbing, donde se distingue entre éste y una mera situación de conflicto laboral. Así, resulta clarificador nuestro Dictamen 477/2008, en el que



señalaba, por un lado: *“El acoso moral o psicológico en el ámbito laboral lo constituye un comportamiento reiterado y sistemático dirigido a humillar y aislar socialmente a la víctima para aniquilarla anímicamente y/o forzar el abandono de su puesto de trabajo Este comportamiento puede desarrollarse por los superiores de la víctima mediante el ejercicio irracional y arbitrario de su poder de dirección, o por sus compañeros, ante la tolerancia de sus superiores”.*

Las notas de reiteración y sistematicidad son las que distinguen al acoso moral de los conflictos pasajeros que responden a reacciones impulsivas, las cuales pondrán ser sancionables, pero que no pueden ser calificables como acoso moral por carecer de dichas notas y de la finalidad de destruir psíquicamente a una persona y/o de forzarla a abandonar su puesto de trabajo.

Igualmente tampoco se puede calificar de acoso moral decisiones antijurídicas puntuales y aisladas de los superiores respecto a las funciones o retribuciones de sus subordinados las cuales son anuladas por los Tribunales a posteriori. Para que esas decisiones puedan considerarse como acoso moral es necesario que sean reiteradas, sistemáticas y que revelen el propósito de humillar al funcionario o forzarlo a abandonar el puesto de trabajo”. Concluyendo aquel Dictamen, como lo que resulta aplicable al caso que nos ocupa, que: “A lo largo de una relación laboral o funcionarial pueden surgir conflictos jurídicos respecto a las retribuciones o las características y condiciones de la prestación de los servicios. Esto forma parte del tráfico jurídico normal y por ello el ordenamiento ha aprestado los cauces procesales para su solución.

Pero la simple existencia de divergencias entre ambas partes sobre esos extremos y su solución judicial no es constitutiva de acoso moral. Para que esto exista es necesario, como se señaló, un ánimo vejatorio, desplegado, sistemáticamente y con reiteración, que persigue la perturbación moral y/o el abandono del trabajo de la víctima del acoso. En este caso no está presente ninguno de estos requisitos por lo que hay que concluir con la Propuesta de Resolución que carece de fundamento la pretensión resarcitoria”.

Ciertamente, como indicaba el interesado en sus alegaciones, paralelamente a este expediente, aquél suscitó otro pleito con fecha 2 de febrero de 2011, en el que obtuvo sentencia favorable del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (nº procedimiento 190/2010) revocando la dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 6 de las Palmas de Gran Canaria el 3/05/2010 (nº procedimiento

405/2009). El Juzgado había declarado conforme a derecho la desestimación presunta de la reclamación presentada al Servicio Canario de la Salud, por la que los recurrentes, entre los que se encontraba J.S.V., instaban la revisión por nulidad de pleno derecho del nombramiento como Jefe de Servicio de la Unidad de Medicina Intensiva (UMI) de S.R.S., así como los que éste realizó a su vez en el Departamento por haberse realizado prescindiendo de los principios de igualdad, mérito y capacidad del art. 23 CE, pero la segunda instancia declaró que debía estimarse el recurso de apelación por no estar justificado ni el nombramiento del jefe de servicio ni los de las jefaturas de sección que realizó éste y por tanto se ordenó: *"(...) anular el nombramiento del Jefe de Servicio de la UMI S.R.S., otorgándole un plazo de 90 días para la publicación y celebración de la convocatoria pública para el proceso de selección de dicha plaza y -anular los nombramientos de Jefes de Sección en el Departamento promovidos por el acceso al cargo del Jefe de Servicio de S.R.S. (...)"*

Ahora bien, frente a la alegación del interesado en relación con que estos hechos constituyen prueba determinante del mobbing que ha sufrido, ha de señalarse, como ha hecho la Propuesta de Resolución, que *"una cosa son las irregularidades administrativas que se hayan podido cometer por la Administración al incumplir los requisitos de publicidad e igualdad del decreto 123/1999, de 17 de junio, sobre selección de personal estatutario y la provisión de puestos de trabajo en los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud, al no haber efectuado convocatoria pública del puesto de jefe de servicio, y otra, el acoso que dice estar sufriendo"*.

Finalmente, es preciso referirnos a la alegación primera realizada por el interesado, en la que señala que cuando el Servicio Canario de la Salud abrió expediente para comprobar la existencia de mobbing ya sabía que estaba actuando extemporáneamente, y que el acto presunto ya se había producido por lo que es nula completamente y no debe producir efectos la resolución recaída en el superficial expediente que se tramitó.

Sobre tal alegación es necesario indicar que, si bien, al calificar la reclamación la Administración como de responsabilidad patrimonial no *"era consciente de estar dictando resolución extemporáneamente"*, lo cierto es que, a la luz de la Sentencia que confirma la existencia de acto presunto positivo, sí resulta extemporánea la resolución de 18 de mayo de 2011 de la Directora del Servicio Canario de la Salud, además de nula, por haberse dictado en sentido desestimatorio. Y ello porque el art. 43.3 de la Ley 30/1992 establece: *"La obligación de dictar resolución expresa a que*

*se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará la siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”.*

Concluido todo ello por la Propuesta de Resolución sometida a nuestro Dictamen, se considera conforme a Derecho, procediendo la revisión de oficio del acto presunto que nos ocupa.

## C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución se considera conforme a Derecho.